



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de las
Contrataciones del Estado - OSCE



OSCE

Firmado digitalmente por ARCE
AZABACHÉ Yemina Eunice FAU
20419026809 soft
Director(A) De Arbitraje
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.06.2023 15:59:47 -05:00

Jesús María, 02 de Junio del 2023

RESOLUCION N° D000034-2023-OSCE-DAR

SUMILLA: Los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales deben ser entendidos a la luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje, el cual establece que no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo, mediante escrito presentado con fecha 19 de abril de 2023 (Expediente N° R008-2023); y, el Informe N° D000128-2023-OSCE-SDAA de fecha 02 de junio de 2023 conteniendo la opinión técnica de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del OSCE; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 12 de marzo del 2013 el Proyecto Especial Regional Plan COPESCO del Gobierno Regional del Cusco (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio Vías de Cusco¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 1400-046-2013-COPESCO/GRC que tiene como objeto la "Contratación para la elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra: Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Av. Evitamiento de la ciudad de Cusco" derivado de la Licitación Pública N° 013-2012-COPESCO/GRC;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado contrato, con fecha 05 de diciembre de 2018 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc encargado de conducir el arbitraje, conformado por los señores Gonzalo Félix García Calderón Moreyra (presidente), Eric Franco Regjo (árbitro designado por la Entidad) y la señora María Eliana Rivarola Rodríguez (árbitra designada por el Contratista);

Que, con fecha 19 de abril de 2023, la Entidad inició ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el "OSCE") un trámite de recusación contra la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo;

Que, mediante Oficios N° D000250-2023-OSCE-SDAA y N° D000254-2023-OSCE-SDAA, ambos de fecha 21 de abril de 2023, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales (en adelante, la "Subdirección") efectuó el traslado de la recusación al árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo que estimara conveniente a sus derechos;

Que, mediante Oficios N° D000251-2023-OSCE-SDAA y N° D000255-2023-OSCE-SDAA, ambos de fecha 21 de abril de 2023, la Subdirección efectuó el traslado

Conformado por las empresas: ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL PERÚ.

Pág. 1 de 13

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgdvirtual.osce.gob.pe/validadorDocumental/inicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave: FVNDKQH

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>



OSCE

Firmado digitalmente por MOLINA
ESCARO Rocio Adela FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 02.06.2023 15:03:30 -05:00



de la recusación a la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo que estimara conveniente a sus derechos;

Que, mediante Oficios N° D000252-2023-OSCE-SDAA y N° D000256-2023-OSCE-SDAA, ambos de fecha 21 de abril de 2023, la Subdirección efectuó el traslado de la recusación al árbitro Eric Franco Regjo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo que estimara conveniente a sus derechos;

Que, mediante Oficios N° D000253-2023-OSCE-SDAA y N° D000257-2023-OSCE-SDAA, ambos de fecha 21 de abril de 2023, la Subdirección efectuó el traslado de la recusación al Contratista para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo que estimara conveniente a sus derechos;

Que, mediante escritos recibidos con fechas 26 y 27 de abril de 2023 los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo, respectivamente, absolvieron el traslado de la recusación formulada;

Que, mediante escritos recibidos con fecha 02 de mayo de 2023 la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y el Contratista absolvieron el traslado de la recusación formulada;

Que, la recusación presentada por la Entidad contra la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo se sustenta en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad y en el presunto incumplimiento del deber de revelación, conforme a los siguientes argumentos:

- 1) Mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2023, la Entidad presentó un escrito de desistimiento de pretensiones, correspondiente a la cuarta y quinta pretensión, toda vez que el Tribunal Arbitral había emitido un laudo parcial declarando fundada las excepciones de incompetencia y caducidad.
- 2) Precisa que la solicitud de desistimiento antes señalada no fue acogida, conforme se desprende de la Resolución N° 36 de fecha 19 de abril de 2023.
- 3) En la Resolución N° 36 se indica que los fundamentos del citado pedido de desistimiento ya había sido materia de pronunciamiento y resolución mediante la Resolución N° 33 de fecha 07 de marzo de 2023, cuando se resolvió una anterior solicitud de desistimiento; sin embargo, refieren que el Tribunal Arbitral no evaluó los hechos en los que se fundamentó el nuevo pedido.
- 4) Considera que el Tribunal Arbitral negó la nueva solicitud de desistimiento sin seguir el procedimiento establecido en las reglas del proceso arbitral, realizando una interpretación antojadiza de la norma para favorecer al Contratista, lo cual demuestra que está parcializado con la contraparte.
- 5) Por otra parte, expone que el Decreto Legislativo N° 1071 señala que la parte afectada debe oponerse al desistimiento formulado (en este caso, el Contratista debía oponerse al desistimiento formulado por la Entidad).
- 6) Sin embargo, refiere que en el numeral decimosegundo de la Resolución N° 33 se expone que, con motivo de absolver el traslado de la primera solicitud de desistimiento, el Contratista no se opuso a dicho pedido y que, por el contrario, habría expresado su conformidad; no obstante, también se precisa que dicha aceptación habría sido condicionada. En tal sentido, el Tribunal Arbitral consideró que el hecho de que se fije una posición con una condición que no puede aplicarse equivaldría a que el Contratista se oponía al pedido de desistimiento de la Entidad.
- 7) Lo anterior demostraría una interpretación parcializada y genera un estado de indefensión para la parte recusante.

- 8) Señala que en realidad el que se opuso al desistimiento es el mismo Tribunal Arbitral, en tanto que dicho Colegiado consideró que, al no existir una conformidad plena con la solicitud de desistimiento, se debía deducir la disconformidad del Contratista; además, el Tribunal Arbitral reconoce un interés legítimo a dicha parte que solo se debería reconocer en tanto se haya lo acreditado.
- 9) Por otro lado, señala que en el año 2019 se desarrolló un arbitraje entre el Gobierno Regional de Amazonas y el Consorcio Vial Amazonas, cuyo Tribunal Arbitral estuvo conformado por los árbitros Luis Puglianini Guerra (presidente del Tribunal Arbitral), Jimmy Pisfil Chafloque (árbitro designado por la Entidad) y Gonzalo Félix García Calderón Moreyra (árbitro designado por el Consorcio Vial Amazonas).
- 10) Refiere que el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra, no comunicó que había sido designado árbitro por el Consorcio Vial Amazonas, lo cual considera relevante debido a que tienen la certeza de que los conformantes de dicho consorcio son los mismos integrantes del Contratista.
- 11) Señala que si bien el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación es anterior al proceso arbitral del Gobierno Regional de Amazonas, el citado profesional se encontraba en la obligación de comunicar su participación como árbitro del Consorcio Vial Amazonas en atención al deber de revelación.
- 12) Considera que dicha omisión refleja falta de profesionalismo en la conducción de ambos arbitrajes; asimismo, al no tener la debida diligencia el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra ha demostrado falta de imparcialidad e independencia.
- 13) Indica que el Tribunal Arbitral no brinda las garantías para el desarrollo de un proceso justo, equitativo y sujeto a las garantías del debido procedimiento, evidenciando una clara parcialización con el Contratista.
- 14) Finalmente, refiere que los árbitros deben ser idóneos en su actuación, a fin de brindar seguridad a las partes, quienes buscan que sus pretensiones sean amparadas conforme a derecho; sin embargo, considera que los árbitros recusados han realizado una interpretación sesgada de la norma en beneficio de la contraparte, generando que la Entidad no pueda acceder más adelante a la jurisdicción arbitral para reclamar un derecho;

Que, la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo, absolviere el traslado de la recusación formulada señalando los siguientes argumentos:

- 1) Indican que mediante escrito de fecha 08 de febrero de 2023, la Entidad formuló el desistimiento de la cuarta y quinta pretensión de la demanda, sustentado su pedido en la conexión directa entre las pretensiones resueltas con incompetencia a través de un laudo parcial y las pretensiones subsistentes del proceso arbitral.
- 2) Refieren que el argumento antes señalado se refuerza con el hecho de que el laudo parcial ha sido impugnado ante el Poder Judicial a través de un recurso de anulación, lo cual consideran improcedente, en tanto existe un proceso arbitral en trámite.
- 3) Mediante Resolución N° 32, el Tribunal Arbitral corrió traslado del pedido de desistimiento al Contratista; motivo por el cual, en su escrito de absolución, dicha parte expresó una “aceptación condicionada”, a efectos que se aplique lo dispuesto en el artículo 344° del Código Procesal Civil; es decir, que dicha aceptación solo debía ser considerada como tal si al momento de aprobarse el desistimiento éste producía los efectos de una demanda infundada con calidad de cosa juzgada.
- 4) Indican que, al no encontrar coincidencia entre las partes, el Tribunal Arbitral

decidió no admitir el pedido de desistimiento, en tanto no es posible condicionar el mismo a la ocurrencia de los efectos previstos en el Código Procesal Civil.

- 5) En ese contexto, mediante Resolución N° 33 se resolvió que no había lugar al pedido de desistimiento.
- 6) Consideran que el Tribunal Arbitral no ha afectado ni resquebrajado el equilibrio entre las partes y tampoco ha contravenido una disposición normativa aplicable.
- 7) Refieren que en atención a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral ha interpretado y concluido que no existió aceptación al desistimiento planteado por la Entidad; por el contrario, existió una clara oposición a dicho pedido, en tanto el Contratista condicionó su aceptación a la ocurrencia de una declaración que el Tribunal Arbitral consideró improcedente.
- 8) Señalan que la Entidad formuló reconsideración contra la decisión del Tribunal Arbitral, la cual fue desestimada a través de la Resolución N° 34.
- 9) Posteriormente, la Entidad presentó un segundo pedido de desistimiento de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, apoyando su pedido en los mismos argumentos que sustentaron el primer pedido de desistimiento.
- 10) Mediante la Resolución N° 36 se rechazó el segundo pedido de desistimiento, en tanto ya se habían abordado los argumentos señalados por la Entidad.
- 11) Manifiestan que el Tribunal Arbitral ha procedido dentro de sus atribuciones y en estricto cumplimiento de la norma aplicable, sin colocar a alguna de las partes en una situación de desequilibrio respecto de su contraparte.
- 12) Finalmente, señalan que la recusación planteada contra los árbitros recusados se sustenta en una decisión emitida por el Colegiado, por lo que corresponde ser desestimada.
- 13) Por otro lado, en relación a la supuesta falta al deber de información, el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra absolvió el traslado de la recusación en base a los siguientes argumentos:
 - a) Indica que los integrantes que conforman el Consorcio Vial Amazonas son distintos a los integrantes que conforman el Contratista y no guardan relación entre sí.
 - b) El Contratista se encuentra conformado por las empresas ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL DEL PERÚ y el Consorcio Vial Amazonas se encuentra conformado por las empresas CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. Y EUROCONSULT SUCURSAL PERÚ.
 - c) Finalmente, indica que no existe ningún conflicto o circunstancia que pueda afectar su independencia, imparcialidad o autonomía para el ejercicio de la función arbitral, en tanto no se encuentra incurso en ninguna de las causales de recusación, por lo que ratifica su compromiso para resolver la controversia con absoluta independencia e imparcialidad;

Que, el Contratista absolvió el traslado de la recusación formulada señalando los siguientes argumentos:

- 1) En relación a la recusación formulada contra todos los miembros del Tribunal Arbitral por las decisiones tomadas en el proceso arbitral, indica lo siguiente:
 - a). La recusación es improcedente, en tanto la Entidad sustenta su pedido en una decisión del Tribunal Arbitral, referida a que no se acogió su solicitud de desistimiento de pretensiones, calificando dicha decisión como parcializada.

- b). Considera que la Entidad está planteando un recurso de apelación encubierto, buscando que se califique indirectamente lo resuelto por los árbitros, lo cual es ilegal.
- c). Precisa que el Tribunal Arbitral ha resuelto el pedido de desistimiento de la Entidad, conforme se detalla a continuación:
- ❖ Mediante Resolución N° 36 el Tribunal Arbitral desestimó la solicitud de desistimiento de pretensiones de la Entidad precisando que dicho pedido era similar a uno que ya se había resuelto anteriormente.
 - ❖ Precisa que ambas solicitudes de desistimiento, presentadas por la Entidad el 01 de marzo de 2023 y el 13 de abril de 2023, tenían el mismo fundamento para sustentar el desistimiento de la cuarta y quinta pretensión de la demanda, referida a una supuesta falta de interés legítimo por parte del Contratista, respecto a dichas pretensiones.
 - ❖ Considera que ambas solicitudes de desistimiento responden a un mismo argumento, por lo que era lógico y pertinente que mediante Resolución N° 36 el Tribunal Arbitral haya resuelto desestimar la solicitud de desistimiento de pretensiones de la Entidad, pues carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto a un tema ya aclarado.
- d). Considera que no evidencia parcialidad el hecho de que los árbitros recusados no hayan aceptado la solicitud de desistimiento de la cuarta y quinta pretensión de la demanda, en tanto el Tribunal Arbitral analizó la solicitud de la Entidad, contrastándola con la posición del Contratista, para finalmente tomar una decisión realizando una interpretación de los argumentos expuestos por las partes.
- e). Precisa que la decisión respecto de un acto procesal no puede considerarse como un acto parcializado si esta se encuentra debidamente motivada por el Tribunal Arbitral, por lo que, si la decisión del Colegiado no resulta favorable o no responde a intereses de una de las partes, ello no puede interpretarse como una falta de imparcialidad.
- 2) Por otro lado, en relación a la recusación contra el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra por una supuesta falta al deber de revelación, señala lo siguiente:
- a). El Contratista está conformado por las empresas ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL PERÚ; en cambio, el Consorcio Vial Amazonas está conformado por CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. y EUROCONSULT PERÚ, las cuales no guardan relación con las empresas conformantes del Contratista.
 - b). Por tanto, el hecho de que el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra no haya revelado su participación en el arbitraje donde una de las partes es el Consorcio Vial Amazonas no necesariamente refleja falta de imparcialidad e independencia.
- 3) Por lo expuesto, solicita que la recusación formulada por la Entidad se declare improcedente o infundada;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por la Ley N° 29873 (en adelante, la "Ley"); su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el "Reglamento"), el Decreto Legislativo que

Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, “Ley de Arbitraje”); la Directiva N° 011-2020-OSCE/CD “Directiva de Servicios Arbitrales del OSCE” aprobada mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 178-2020-OSCE/PRE del 15 de diciembre de 2020 (en adelante, la “Directiva de Servicios Arbitrales”); y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

Que, los aspectos relevantes identificados en la presente recusación formulada contra la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo son los siguientes:

i. **Determinar si la actuación del Tribunal Arbitral, con motivo de la emisión de las Resoluciones N° 33 del 21 de febrero de 2023 y N° 36 del 13 de abril de 2023, mediante las cuales no se habrían acogido solicitudes de desistimiento presentadas por la Entidad, constituyen circunstancias que generan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros recusados.**

i.1. Considerando que el presente extremo de la recusación se ha sustentado en la presunta existencia de circunstancias que generen dudas justificadas de independencia e imparcialidad de los árbitros recusados, cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

i.2. JOSÉ MARÍA ALONSO ha señalado lo siguiente:

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, ‘independencia’ e ‘imparcialidad’, en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente se ha entendido que la ‘independencia’ es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la ‘imparcialidad’ apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.²

i.3. Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, expresa:

(...) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro (...) Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular. Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de “predilección” y el de “parcialidad”. La predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implicar favorecer a una persona perjudicando a otra (...) (...) Si la imparcialidad es una predisposición del espíritu, la independencia es una situación de carácter objetivo, mucho más fácil de precisar (...), pues se desprende de la existencia de vínculos de los árbitros con las partes o con las personas estrechamente vinculadas a éstas o a la controversia, ya sea en relaciones de naturaleza personal, social, económicas, financieras o de cualquier naturaleza (...) El estudio de esos vínculos permite concluir si un árbitro es o no independiente, el

² MARÍA ALONSO, JOSÉ: Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.

problema es su cualidad acreditada para apreciar la falta de independencia, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente (...)³

- i.4. Asimismo, el artículo 224 del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)”. Asimismo, el artículo 225° del citado Reglamento prevé como causal de recusación la existencia de “(...) circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa”.
- i.5. Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, resulta necesario analizar los hechos que sustentan la recusación:
- i.5.1. Mediante Resolución N° 33, de fecha 21 de febrero de 2023, el Tribunal Arbitral resolvió declarar no ha lugar el pedido de desistimiento de pretensiones formulado por la Entidad, en atención a los siguientes considerandos:
- a). Con fecha 07 de febrero de 2023, la Entidad formuló una solicitud de desistimiento respecto a la cuarta y quinta pretensión de la demanda, considerando que se había emitido un laudo parcial respecto a las pretensiones primera, segunda y tercera, por lo que carecía de objeto continuar con el trámite de las demás pretensiones.
 - b). El Contratista manifestó su aceptación a la solicitud de desistimiento, condicionando su aplicación y efectos a lo establecido en el artículo 344° del Código Procesal Civil; asimismo, solicitó al Tribunal Arbitral que se declare infundada la cuarta y quinta pretensión de la demanda.
 - c). Luego de analizar las posiciones de ambas partes, el Tribunal Arbitral señaló que el numeral 2 del artículo 60° del Decreto Legislativo N° 1071 regula los aspectos relacionados al desistimiento como figura válida para la terminación de las actuaciones arbitrales, lo cual difiere de lo regulado en el Código Procesal Civil, no siendo aplicable esta última normativa al proceso del cual deriva la presente recusación.
 - d). Por otro lado, dicho Colegiado consideró que el Contratista se encuentra disconforme con el desistimiento formulado por la Entidad, en tanto formuló una aceptación condicionada y no manifestó una aceptación o conformidad plena de dicha solicitud lo que equivale a una oposición a la solicitud de la Entidad.
 - e). Finalmente, el Tribunal Arbitral indicó que el Contratista tiene interés en la emisión de un pronunciamiento definitivo, en tanto ha solicitado que se declaren infundadas las pretensiones cuarta y quinta de la demanda.
- i.5.2. Mediante Resolución N° 34 de fecha 07 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral resolvió declarar improcedente el recurso de reconsideración formulado por la Entidad contra la Resolución N° 33, reiterando que, de los escritos presentados por ambas partes, no se advierte que se haya configurado el supuesto previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 60 del Decreto Legislativo N° 1071 (sobre terminación de actuaciones arbitrales).

³ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS: Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividadarbitral.html>

- i.5.3. A través de la Resolución N° 35 de fecha 07 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral resolvió ratificar la plena validez de la Resolución N° 34, precisando que dicha resolución se ha notificado sin vulnerar el derecho de defensa de las partes.
- i.5.4. Mediante Resolución N° 36 de fecha 13 de abril de 2023, el Tribunal Arbitral resolvió desestimar un nuevo pedido de desistimiento formulado por la Entidad respecto de la cuarta y quinta pretensión, considerando que anteriormente ya se había resuelto un pedido similar de desistimiento de pretensiones.
- i.5.5. Ahora bien, los argumentos de la parte recusante que se han expuesto en el presente trámite se sustentan básicamente en los siguientes puntos:
- En el numeral decimosegundo de la Resolución N° 33 el Tribunal Arbitral indicó que**, con motivo de absolver el traslado de una solicitud de desistimiento formulada por la Entidad, el Contratista habría planteado una aceptación condicionada **por lo que el Colegiado consideró que existía disconformidad de ésta última y, por ende, se habría opuesto a la referida solicitud al fijar una posición cuya condición no podía aplicarse.**
 - En virtud a ello, es que la Entidad considera que **es el Tribunal Arbitral el que en realidad se opone al pedido de desistimiento.**
 - Además, **el Colegiado reconoció un interés legítimo al Contratista** que sólo debería haber procedido si se acreditaba ello como consecuencia de la oposición de dicha parte.
 - La interpretación antes expuesta que habría realizado el Tribunal Arbitral, demostraría una conducta parcializada y un estado de indefensión en el que se encuentra la Entidad**, ya que no podrá acceder más adelante a la jurisdicción arbitral para reclamar un derecho.
 - Por otro lado, con fecha 13 de febrero de 2023, la Entidad presentó un nuevo escrito de desistimiento respecto a la cuarta y quinta pretensión de su demanda, **que no habría sido acogida por el Tribunal Arbitral, quien además no revisó los hechos en los que se fundamentaba dicho pedido, conforme se desprende de la Resolución N° 36 de fecha 19 de abril de 2023.**
 - En atención a lo señalado en el literal precedente, **el Tribunal Arbitral ha negado la mencionada solicitud sin seguir el procedimiento establecido en las reglas del proceso arbitral, realizando una interpretación inadecuada de la norma para favorecer al Contratista**, lo cual demuestra una clara parcialización con la contraparte
 - Por todo lo expuesto, **el Tribunal Arbitral no estaría brindando las garantías para el desarrollo de un proceso justo, equitativo y sujeto a las garantías del debido proceso.**
- i.6. Como se observa del numeral i.5.5 precedente (particularmente los puntos que se han resaltado y subrayado), los aspectos que se atribuyen a los miembros del Tribunal Arbitral tienen relación con su actuación, con motivo de la emisión de las Resoluciones N° 33 y N° 36, cuestionando las decisiones adoptadas, sus alcances, criterios y motivación, como consecuencia de la denegatoria que el Tribunal Arbitral efectuó respecto a pedidos de desistimiento de determinadas pretensiones, presentados por la Entidad, derivando de ello una presunta parcialización, transgresión de normas y reglas así como la afectación de

garantías y derechos, como el de defensa y el debido proceso. Siendo ello así, resulta evidente que la recusación no es la vía idónea para tal fin.

- i.7. En efecto, es preciso considerar que los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales deben ser entendidos a luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso, el cual establece que no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, debiendo además señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 2) del artículo 3° de la citada Ley de Arbitraje, los árbitros tienen plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
- i.8. En cualquier caso, las partes cuentan con los mecanismos que les habilita el arbitraje a efectos de impugnar u objetar aquellas decisiones que consideren adversas, contravienen el marco normativo o afectan sus derechos.
- i.9. A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁴ ha dispuesto que el recurso de anulación constituye, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, “una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate⁵.
- i.10. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje donde se señala que para los efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.
- i.11. En atención a todas las razones expuestas, considerando que la presente recusación tiene relación con cuestionamientos vinculados con las decisiones arbitrales del Tribunal Arbitral emitidas en el ejercicio de sus funciones, no es posible concluir que se ha corroborado un motivo para amparar la recusación por una presunta vulneración a los principios de independencia e imparcialidad.
- i.12. En tal sentido, el presente extremo de la recusación debe declararse infundado.
- ii. **Determinar si el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra incumplió con su deber de revelación al no haber informado su designación como árbitro por el Consorcio Vial Amazonas en un proceso arbitral seguido con el Gobierno Regional de Amazonas, lo cual consideran relevante debido a que los integrantes del Consorcio Vial Amazonas son los mismos que integran el Contratista.**
- ii.1. Considerando que el presente extremo de la recusación se ha sustentado en el presunto incumplimiento del deber de revelación, cabe delimitar los alcances de dicho concepto en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.
- ii.2. El deber de revelación implica, antes que nada, una exigencia ética al árbitro

⁴ El Tribunal Constitucional estableció precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje al resolver el caso seguido en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.

⁵ Constitución Política del Perú, artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las partes en su persona, informe de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia⁶. En ese contexto, de manera referencial, las directrices de la International Bar Association-IBA, nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud de ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas efectuar una mayor indagación⁷.

- ii.3. Asimismo, JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG sobre la amplitud y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación señala:

“El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral”⁸ -El subrayado y énfasis son agregados-

- ii.4. Respecto al alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros, la doctrina informa de las siguientes pautas de importancia: a) **Perspectiva en la revelación:** No sólo debe revelarse lo que uno considere que puede generar dudas (criterio subjetivo); sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo)⁹; b) **Nivel del contenido:** Informar lo relevante y razonable¹⁰; c) **Extensión:** Amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia¹¹; d) **In dubio pro declaratione:** En toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración¹²; y, e) **Oportunidad de la revelación**¹³.
- ii.5. En esa línea, en el marco de la Ley, los árbitros están obligados a declarar oportunamente alguna circunstancia que les impediría actuar con imparcialidad y autonomía¹⁴. El Reglamento de la acotada Ley, ha delimitado mejor esta regulación, señalando que el deber de información se efectúa con motivo de la aceptación del cargo, así como por cualquier causal sobrevinida a la aceptación¹⁵. Del mismo modo, el Código de Ética especifica que el deber de

⁶ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, “El deber de revelación del árbitro”, En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 323.

⁷ El literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, señala que “(...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto”. (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

⁸ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, Op. Cit. p. 324.

⁹ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA: Ibid.

¹⁰ FELIPE OSTERLING PARODI y GUSTAVO MIRÓ QUESADA MILICH: “Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros” publicado en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf>

¹¹ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA: Op. Cit., pág. 324

¹² DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, pág. 345, Instituto Peruano de Arbitraje Primera Edición enero 2011

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS - Op. Cit.

¹⁴ El numeral 52.8 del artículo 52º de la Ley señala: “(...) Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía (...)”.

¹⁵ La parte pertinente del artículo 224º del Reglamento señala: “Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevinida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia (...)”

información se efectúa por escrito a las partes con motivo de la aceptación del cargo y se mantiene durante el transcurso del arbitraje¹⁶.

ii.6. Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación para lo cual debe considerarse lo siguiente:

ii.6.1. El presente extremo de la recusación se sustenta básicamente en que el árbitro Gonzalo Félix García Calderón Moreyra no comunicó haber sido designado árbitro por el Consorcio Vial Amazonas en un proceso arbitral seguido con el Gobierno Regional de Amazonas, lo cual consideran relevante debido a que las empresas que conforman dicho consorcio son las mismas que integran al Contratista.

ii.6.2. Con motivo de absolver la solicitud de recusación, el citado profesional y el Contratista precisaron que el Consorcio Vial Amazonas se encuentra conformado por las empresas CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. y EUROCONSULT SUCURSAL PERÚ, mientras que el Contratista está conformado por las empresas ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL PERÚ, las cuales no guardan relación con las empresas que integran el Consorcio Vial Amazonas.

ii.6.3. Ahora bien, en relación al proceso arbitral seguido entre el Consorcio Vial Amazonas y el Gobierno Regional de Amazonas, obra en el expediente la Resolución N° 2 del 21 de noviembre de 2019, emitida por el Tribunal Arbitral conformado por los señores Luis Puglianini Guerra (presidente del tribunal arbitral), Jimmy Pisfil Chafloque (árbitro designado por el Gobierno Regional de Amazonas) y Gonzalo Félix García Calderón Moreyra (árbitro designado por el Consorcio Vial Amazonas), mediante la cual se resolvió establecer las reglas del mencionado arbitraje. En dicha resolución se advierte que el contrato objeto de la citada controversia es el **Contrato de Gerencia General Regional N° 205-2014-GR AMAZONAS/GGR** para la ejecución de la obra "GESTIÓN VIAL POR NIVELES DE SERVICIO DEL PIP: MEJORAMIENTO DE VIAS DEPARTAMENTALES. AM-100. EMP. AM-101 (BAGUA)-EL PARCO- LA LECA; RUTA AM-102, TRAMO: EMP. AM-101 (DV BAGUA GRANDE)- JOSE OLAYA- ALTO AMAZONAS – EL RON-EMP.PE-5N (DV SAN MARTIN DE PORRES)-HAMBOYA-EMP.AM-103 (LONYA GRANDE), PROVINCIA DE BAGUA Y UTCUBAMBA-AMAZONAS.

ii.6.4. Asimismo, obra en el expediente el referido **Contrato de Gerencia General Regional N° 205-2014-GR AMAZONAS/GGR**, en el cual se observa que el Consorcio Vial Amazonas está conformado por las empresas CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. y EUROCONSULT SUCURSAL PERÚ. Por otro lado, de la revisión del contrato objeto de la controversia del cual deriva la presente recusación, se advierte que el Contratista está conformado por las empresas

¹⁶ El literal e) del numeral 4.1 del artículo 4 del Código de Ética señala: "(...) El deber de declaración no se agota con la revelación hecha por el árbitro al momento de aceptar el cargo, sino que permanece durante todo el arbitraje".

ODEBRECHT PERÚ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.C y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL PERÚ.

ii.6.5. Por lo expuesto, no se corrobora que las empresas que conforman al Contratista sean las mismas que integran el Consorcio Vial Amazonas ni que las controversias que se ventilan en ambos arbitrajes tengan alguna relación; en tal sentido, el hecho de que el señor Gonzalo Félix García Calderón Moreyra se haya desempeñado como árbitro designado por el Consorcio Vial Amazonas en el arbitraje que sigue con el Gobierno Regional de Amazonas, por su sólo mérito no constituye una circunstancia relevante que pueda generar dudas razonables de su independencia e imparcialidad, por cuya razón, no es posible concluir que fuera imperativa su revelación en el proceso del cual deriva el presente trámite.

ii.7. En atención a lo expuesto, el presente extremo de la recusación debe ser declarado infundado.

Que, el literal l) del artículo 52° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, concordante con el literal m) del artículo 4° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF (en adelante, el ROF del OSCE), señala como una función del OSCE el designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos;

Que, el literal m) del artículo 11° del ROF del OSCE, establece como una de las funciones de la Presidencia Ejecutiva el resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo con la normativa vigente. A su vez, el literal w) del artículo 11° del mismo cuerpo normativo, faculta a la Presidencia Ejecutiva delegar total o parcialmente las atribuciones que le corresponda, con excepción de las señaladas por Ley;

Que, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 251-2022-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2022, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de diciembre del 2022, se resolvió, entre otros aspectos, delegar en el/la director/a de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo con la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley, el Reglamento, la Ley de Arbitraje, la Directiva de Servicios Arbitrales, y, el Código de Ética; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADA** la solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo, atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a las partes y a la árbitra María Eliana Rivarola Rodríguez y a los árbitros Gonzalo Félix García Calderón Moreyra y Eric Franco Regjo mediante su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de las
Contrataciones del Estado - OSCE

Artículo 3.- Publicar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.gob.pe/osce).

Artículo 4.- Dar cuenta al Titular de la Entidad de la emisión de la presente Resolución dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 251-2022-OSCE/PRE.

Regístrese y comuníquese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE
YEMINÁ EUNICE ARCE AZABACHE
Directora de Arbitraje

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>